

15 Mayo 2018

150
Ciento
Cincuenta
(m)



EXPEDIENTE SCPM-CRPI-076-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 15 de mayo de 2017, las 16h43.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- Las atribuciones y facultades del órgano de sustanciación y resolución se encuentran contempladas en los artículos 213, 283, 284 numeral 8, 304 numeral 6 y 336 de la Constitución de la República, y en los artículos 1, 2, 37, 38 y 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo LORCPM), respecto a los operadores económicos que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, la autoridad de control interviene para cautelar el proceso competitivo, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios. Por consiguiente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) es competente para conocer y resolver el presente expediente, conforme a las disposiciones constitucionales y legales antes invocadas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente proceso para la imposición de sanciones por la comisión de prácticas desleales de actos de denigración y comparación tipificadas en el artículo 27 numeral 4 literales a) y c) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento de la LORCPM, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar y que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación Preliminar.-

3.1.1.- El presente procedimiento de investigación se inicia mediante denuncia y anexos presentados por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., en contra del operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A, ingresada por Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM) el 8 de septiembre de 2016 a las 10h25.

3.1.2.- Mediante providencia de 21 de septiembre de 2016 a las 16h45, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, calificó y admitió a trámite la denuncia presentada por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A. y dispuso correr traslado al operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., a fin de que presente sus explicaciones.



Handwritten signature in blue ink.

3.1.3.- Con el escrito recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo SCPM) el 12 de octubre de 2016, a las 17h16, el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., presenta sus explicaciones a la denuncia formulada en su contra por parte del operador económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A.

3.2.- Fase de Investigación.-

3.2.1.- Mediante providencia de 27 de octubre de 2016, a las 16h45, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, resolvió: "... *SEGUNDO.- Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente teniendo en consideración a lo siguiente: (i) Se considera como presunto responsable al operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. cuyo grado de responsabilidad en las distintas prácticas desleales denunciadas será dilucidado dentro de la presente investigación conforme lo establece la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (ii) Las conductas objeto de la investigación son las presuntas prácticas desleales determinadas en el 27 numerales 1, 2, 4, literales a) y c), y numeral 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que contempla los actos de confusión, actos de engaño, actos de denigración y actos de comparación...*"

3.2.2.- Con providencia de 25 de abril de 2017 a las 16h30, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, resolvió: " *se prorroga la investigación por "45 días adicionales... sin perjuicio de la posibilidad de completar el plazo de 180 días establecido en el referido artículo 62 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado."*; siendo que mediante providencia de 9 de junio de 2017 a las 09h00, se prorroga por "15 días adicionales" la investigación, a fin de realizar un análisis minucioso de las encuestas realizadas y dispuestas en providencia de 31 de mayo de 2017 a las 11h00"

3.3.- Informe de Resultados.-

El 14 de junio de 2017, a las 17h00, la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, recomienda a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales lo siguiente: "*De conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la investigación y en razón a que existen indicios y presunciones de que el operador económico RECKIT BENCKISER ECUADOR S.A., estaría cometiendo las prácticas desleales tipificadas en los numerales 2,4 literales a y c, así como numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, por lo cual esta Dirección recomienda proseguir con la etapa de sustanciación respectiva así como con el trámite establecido. Se desestima la infracción del operador económico RECKIT BENCKISER ECUADOR S.A., por la práctica desleal de confusión, dispuesta en el numerales 1 del artículo 27 de la LORCPM, toda vez que del análisis de la referida conducta no se evidencio la configuración de la misma."*

En el Informe de Resultados de 14 de junio de 2017, a las 17h00, la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, expresa lo siguiente:

Del análisis económico se desprende:

"Los operadores económicos inmiscuidos en la presente investigación son: CLOROS (sic) DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX y RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. La denuncia no especifica a qué producto se le está aplicando los efectos de los supuestos actos desleales. Sin embargo, se analizó aquellos productos que poseen la misma finalidad, tomando en cuenta las características y composición de los mismos.

Existen dos principios activos que se encuentran presentes como componentes en los productos investigados, siendo estos el peróxido de hidrógeno (ropa blanca y de color) y el hipoclorito de sodio (ropa blanca).

Se determinó que los productos investigados, pese a tener la misma funcionalidad, no son comparables ya que sus principios activos son distintos. Los mismos no son análogos, y por ende, no pueden ser comparados de alguna manera. Los únicos productos que podrían compararse serían aquellos que contienen peróxido de hidrógeno, y no hipoclorito de sodio.

Por lo analizado, existen dos mercados por separado: los quita manchas y blanqueadores de tejidos blancos, de uso doméstico con hipoclorito de sodio; mientras que hay otro mercado para los productos quitamanchas de tejidos de color, de uso doméstico con peróxido de hidrógeno.

La distribución de los productos bajo la marca VANISH se realiza principalmente bajo canales de retail, principalmente en la ciudad de Quito. Tanto en el año 2014 y 2015 la comercialización estuvo concentrada en esta ciudad en un 47% y 46% respectivamente.

Por lo mencionado, los productos del denunciado y denunciante no se encontrarían en el mismo mercado relevante, más sin embargo, tienen una participación representativa en cada sector de acuerdo a su actividad económica, lo que posiblemente podría desplazar clientes de un producto a otro al realizarse las supuestas prácticas anticompetitivas. En ese sentido, se evidencia una caída en la venta del producto Clorox Blancos Intensos obteniendo una tasa de variación de -22% a partir del mes de julio de 2016.

De las encuestas realizadas se demuestra que: el 55% de las amas de casa encuestadas utilizan cloro y el 24% quitamanchas. Además, el 32% utilizan la marca Clorox y el 22% Vanish. Una vez que se muestra el video, el 56% observa la marca Vanish y el 22% la marca Clorox. Por otro lado, el 88% de las amas de casa después de ver el video creen que el cloro sí genera daño en las prendas, y el 78% preferiría usar Vanish para desmanchar su ropa. Principalmente, el 50% de las amas de casa encuestadas al escuchar Cloro la primera marca que piensan es Clorox.

Se ha evidenciado publicidad entre los dos productos objetos de investigación, la misma que fue promocionada a través de redes sociales (Facebook y YouTube). Se observó que en el video comercial (video 3) que proporciono el operador económico RECKIT BENCKISER ECUADOR S.A. (denunciado), realiza la comparación del producto genérico CLORO vs el producto VANISH, haciendo referencia al primero, como un producto que daña la ropa."

• Del análisis jurídico se desprende:

"1. En relación a la conducta desleal de actos de confusión, se descarta la posibilidad de que pueda existir el riesgo de confusión en el consumidor promedio, ya que no se ha generado un impedimento a los consumidores para poder identificar la procedencia empresarial de los productos mostrados en la campaña publicidad.

2. En relación a la conducta desleal de actos de engaño, se desprende que la aseveración formulada en el video publicitario de la marca VANISH transmite un mensaje incompleto e inexacto, pudiendo generar error al público, y limitando la capacidad de decisión del consumidor promedio.

3. En relación a la conducta desleal de actos de denigración, de los resultados de las encuestas se evidencia que la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico denunciante, por lo que podría existir inexactitud e impertinencia en las aseveraciones, pudiendo configurar la realización de un acto de denigración.

4. Finalmente en relación a la conducta desleal de actos de comparación de los resultados de las encuestas se evidencia que la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico del denunciante, por lo que podría existir una comparación entre productos que no son análogos, lo que podría configurar un acto de comparación desleal."



Man
Juan

- Finalmente se desprende:

“De conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la investigación y en razón a que existen indicios y presunciones de que el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., estaría cometiendo las prácticas desleales tipificadas en los numerales 2, 4, literales a y c, así como numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, por lo cual esta Dirección recomienda proseguir con la etapa de sustanciación respectiva así como con el trámite establecido. Se desestima la infracción del operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., por la práctica desleal de confusión, dispuesta en el numerales 1 del artículo 27 de la LORCPM, toda vez que del análisis de la referida conducta no se evidenció la configuración de la misma.”

3.4.- Formulación de Cargos.-

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, con providencia de 23 de junio de 2017 a las 17h00, en su considerando noveno señala: *“NOVENO.- Acoger el Informe de Resultados elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, de 14 de junio de 2017, a las 17h00 y disponer la notificación con el Informe de Resultados elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, la Denuncia, escrito de aclaración, y anexos de los referidos escritos, mediante los cuales se motivó el inicio del presente procedimiento administrativo; para que de conformidad con los artículos 58 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 67 y 68 de su Reglamento, el operador económico RECKIT BANCKISER ECUADOR S.A., conteste y deduzca excepciones en el término de quince días desde su notificación, previniendo al operador económico que de no contestar en el término previsto, el procedimiento continuará en rebeldía.”*

En la formulación de cargos la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales expresa lo siguiente: *“Emitir la presente formulación de cargos contra el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., por haber incurrido en las prácticas desleales de actos de engaño, denigración y comparación tipificadas en el artículo 27 numerales 2, 4 literales a) y c), así como numeral 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM).*

Que los hechos denunciados se habrían cometido a través de la realización por parte de RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. de campañas demostrativas y publicitarias los días 16 de junio de 2016 en la ciudad de Guayaquil en el Centro Comercial Riocentro Norte, y, en la ciudad de Quito el 1 de julio de 2016 en “MI COMISARIATO DEL QUICENTRO SHOPING”, así como también a través de redes sociales como Facebook y en el youtube, difundiendo un video en el cual se realizan actos de comparación presuntamente desleales en el mercado de blanqueadores y quitamanchas entre los productos “Vanish Max Removedor de Manchas” (Peróxido de Hidrógeno) del operador económico de RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A y el producto “Clorox Quitamanchas Blancos Intensos” con cloro (Hipoclorito de Sodio) del operador CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOX. Las aseveraciones formuladas en el video publicitario de la marca “VANISH” posiblemente podrían transmitir un mensaje incompleto e inexacto, pudiendo inducir a error al público, limitando la capacidad de decisión del consumidor promedio.

De la misma manera se presume la existencia de actos de denigración y comparación toda vez que de los resultados de las encuestas se evidencia que la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico denunciante, razón por la cual pudiese existir inexactitud e impertinencia en las aseveraciones, así como una comparación entre productos que no son análogos; pudiendo generar una distorsión de la competencia en el presente mercado, atentando a la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”

152
Ciento
cuarenta
y dos
@

3.5.- Contestación y excepciones del operador económico RECKITT BANCKISER ECUADOR S.A.

El operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, al contestar la formulación de cargos y deducir excepciones, expresa básicamente lo siguiente:

"(...) "i) **ACTOS DE ENGAÑO**

El Informe de Resultados de la Investigación dentro del procedimiento Administrativo No. SCPM-IPD-2016-0048 señala: "(...) se evidencia que el cloro regular de Clorox no daña las fibras de prendas compatibles con cloro en todas las recomendaciones de uso de lavado.". Es decir, se asevera que el mensaje transmitido por VANISH es incompleto e inexacto.

La afirmación incluida en el Informe de Resultados de la Investigación desconoce la existencia de los estudios técnicos que respaldan el contenido de la publicidad de VANISH que han demostrado que el cloro no solo deteriora las fibras con el paso del tiempo, sino que cambia su color.

Los informes técnicos fundamento de la publicidad de VANISH MAX, que constan dentro del expediente, son:

- *El Informe de Investigación y Desarrollo del producto Vanish Crystal White liquid de 20/12/2012, signado como FTDvM064/ 12 tiene como objetivo evaluar la eficacia en términos de mejora de la blancura (mantenimiento y recuperación) del producto cuando se usa de acuerdo a sus instrucciones.*
- *El Informe de Justificación Técnica del producto Vanish Liquido Multi (Nº5) de 24/10/2013, signado como BR2013-001 tiene como objetivo sustentar la afirmación de que el producto tiene más beneficios que el blanqueador de cloro.*
- *El Informe de Justificación Técnica del Producto Vanish Liquido Rosa signado como PFT 01-27 de Marzo de 2016 evalúa la remoción de varios tipos de manchas frescas en telas de algodón.*
- *El Informe de Justificación Técnica del Producto Vanish Liquido Rosa "El Blanqueador Causa el Color Amarillento " de 27 de junio de 2016, signado como PFT 01-54 tiene como objetivo evaluar los efectos de color amarillento en ciclos repetidos de lavado con blanqueador de cloro regular en las telas blancas.*

En este sentido, se citaron tres estudios doctrinarios referentes al cloro y sus efectos:

1) *Ya que los blanqueadores de liberación de hipohalito son oxidantes tan eficaces, sin embargo, pueden surgir problemas durante su utilización. Puede resultar en un daño a la tela y al teñido las altas concentraciones locales de hipoclorito o hipobromito si el agente de blanqueo en seco no se diluye con el agua del lavado antes de la introducción de los tejidos o si los gránulos de blanqueo no disueltos se depositan en tejidos posteriores al lavado.*

2) *El peróxido de hidrógeno tiene varias ventajas sobre el cloro o el hipoclorito, causa menos daño a las fibras textiles, es más suave en colorantes para telas y no tiene olor fuerte.*

3) *El blanqueador de cloro líquido ofrece la mejor eliminación de manchas. Sin embargo, tiene la mayor posibilidad de dañar la ropa si no se utiliza correctamente. Nunca se debe utilizar en la seda, spandex, acetato, lana o mezclas que contengan estas fibras. El cloro hace que éstos se tornen amarillos. El cloro no se puede verter directamente sobre la ropa. Podría dañar el tejido debilitándolo, a pesar de que los agujeros pueden no aparecer inmediatamente estos aparecerán después de un par de lavados.*



Handwritten signature and initials.

La información presentada evidencia la existencia de estudios técnicos que avalan la veracidad de las afirmaciones publicitarias. En este contexto, bajo ningún supuesto, podrían considerarse engañosas las demostraciones dentro de los parámetros comerciales ordinarios.

El mensaje publicitario propuesto por RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A no es contrario al principio de veracidad y garantiza el derecho a la información que asiste a los consumidores.

El artículo 27 numeral 2, inciso segundo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) dice: "(...) Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje."

Al respecto y como mencionamos en los párrafos anteriores, RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. ha presentado los informes técnicos especiales, que demuestran fehacientemente que lo propuesto en sus mensajes publicitarios son fundamentados y tienen como principal función el informar al público consumidor. Además de ello, la información vertida es completa y en ningún momento ha sido inexacta.

ii) ACTOS DE DENIGRACIÓN

El Informe de Resultados de la Investigación dentro del procedimiento Administrativo No. SCPM-IPD-2016-0048 indica: "(...) los presuntos actos denigratorios son presentados contra el hipoclorito de sodio, posiblemente menoscabando el crédito de todos los fabricantes de productos con este principio activo en el mercado, sin que exista una individualización de un competidor, ni se haga referencia expresa a un solo operador económico" (énfasis agregado)

El artículo 27 numeral 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM) manifiesta: "Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros".

Es indispensable tener claro que la existencia de actos de denigración deben cumplir condiciones específicas, como lo ha determinado la doctrina:

(...) Requisitos del acto de denigración.- El art. 10 bis del Convenio de París hace referencia a los "los productos o la actividad industrial o comercial/ de un competidor". Pero los supuestos de denigración son mucho más amplios, porque entendemos que incluyen la marca; la reputación, la imagen, los antecedentes de los socios o dueños de la empresa o sus condiciones personales (religión, nacionalidad, etc.); y el origen del capital empresario o su pasado. (...) Los requisitos del art. 10 bis del Convenio de París son los siguientes:

- existencia de aseveraciones falsas;

133
Cinto
cuando
y hoy
@

- realizadas "en ejercicio del comercio";
- que sean "capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industria/ o comercial de un competidor".

En la publicidad emitida por VANISH, no existe individualización de un competidor ni marca específica. El mismo Informe de Resultados de la Investigación concluye:
Los presuntos actos denigratorios son presentados en contra del hipoclorito de sodio (...) sin que exista una individualización de un competidor ni se haga referencia expresa a un solo operador económico.

En consecuencia, en la publicidad no existe individualización capaz desacreditar a un competidor específico ni establecimiento alguno. Únicamente, se hace referencia al principio activo hipoclorito de sodio y la vinculación con el operador económico denunciante no se encuentra debidamente motiva.

Esta circunstancia quedó en evidencia cuando la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales requirió el 6 de marzo de 2017 a CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX "el detalle del producto (marca y presentación) el cual sería el objeto sobre el que recaen las prácticas desleales denunciadas".

Es evidente que no se ha atribuido a un competidor específico el uso exclusivo del cloro ni existen elementos para que el denunciante se sienta aludido. Peor aún, cuando CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX en su denuncia indica comercializar también productos que tienen como principal ingrediente peróxido de hidrógeno (no el hipoclorito de sodio -cloro-).

Por otra parte, el material publicitario cuenta con los informes técnicos detallados que respaldan el contenido de sus aseveraciones por lo que no pueden ser consideradas falsas. Además, de manera directa cualquier persona puede corroborar que en ciclos repetidos de lavado con blanqueador de cloro regular en telas blancas se produce un efecto amarillento.

Sin perjuicio de que en este caso no existe una conducta de descrédito ni aseveraciones incorrectas, es pertinente remitirnos a lo manifestado por la autoridad competente colombiana:

Bajo estos parámetros la determinación del sujeto afectado por la conducta de descrédito es fundamental, por lo cual no basta con que las afirmaciones falsas se expresen en forma genérica o que estén referidas a todos los competidores, o a todos los productos que se ofrecen en una categoría, sino que es indispensable que el consumidor vincule al competidor o a sus productos, con las afirmaciones que supuestamente de él se hacen, pues no de otra forma éstas pueden ser desacreditadas.

No existe material publicitario alguno que aluda a CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, a sus marcas o productos.

En el ámbito de la doctrina, la denigración consiste precisamente en una lesión del crédito comercial del que gozan quienes operan en el mercado comercializando productos y servicios.

Handwritten signature and initials in blue ink.

La afirmación de que existen actos de denigración por parte de VANISH por hacer referencia a un principio activo sería tan absurdo como sancionar a cualquier producto endulzado con edulcorante por mencionar en su publicidad que no contiene azúcar.

iii) **ACTOS DE COMPARACIÓN:**

El Informe de Resultados de la Investigación dentro del Procedimiento Administrativo No. SCPM-11PD-2016-0048 determinó que el operador RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A se refiere en manera general a los productos cuyo principio activo es el hipoclorito de sodio o cloro, sin individualizar uno o varios competidores.

En el mismo informe se menciona que "(...) la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico denunciante".

En este sentido, el registro de una marca extremadamente descriptiva concedido por la institución competente (IEPI) no implica el uso exclusivo de un principio activo. Un supuesto indispensable para la publicidad comparativa es que exista identificación marcaría. Si el producto o servicio no se encuentra individualizado en el mercado no se puede atribuir un origen empresarial específico. Al respecto la doctrina señala:

La publicidad comparativa es aquella en la que se efectúan comparaciones entre los bienes o servicios de marcas ajenas y los identificados con marcas propias.

En este sentido, la autoridad de competencia colombiana ha manifestado:

En el tema de las comparaciones, el elemento característico de éstas se basa en el enfrentamiento que se exponga acerca de las características objetivas de dos o más ofertas pertenecientes a distintos oferentes, los cuales también deben ser identificados o identificables.⁸

Asimismo, para la existencia de competencia desleal en actos de comparación es necesario que se refiera a extremos que no sean análogos. El Diccionario de la Real Academia Española presenta la siguiente definición:

Analogía

Del lat. analogia, y este del gr. nvat\oy a analogía.

- 1. f. Relación de semejanza entre cosas distintas.*
- 2. f. Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes.*
- 3. f Biol. Semejanza entre partes que en diversos organismos tienen una misma posición relativa y una función parecida, pero un origen diferente.*
- 4. f. Der. Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella.*

En otras palabras, el requisito para que la comparación sea desleal es que se refiera a cosas o hechos que no guarden semejanza ni tengan el mismo propósito.

El identificar tipos de productos en el mercado posiblemente haya sido uno de los temas más complejos que debieron ser tratados con fines comerciales. Esta circunstancia hizo necesario que se trabaje en una clasificación internacional de productos y servicios utilizada de manera generalizada para el registro de las marcas en el contexto de protección a la propiedad industrial. La Clasificación Internacional de Niza en su Décima Edición establece que en la clase internacional N° 3 se encuentran:

Preparación es para blanquear y otras sustancias para lavar la ropa; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar, jabones; productos de perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones capilares; dentífricos.

Tras estas consideraciones, y al encontrarse en la misma clase internacional, podríamos afirmar que las preparaciones para blanquear y otras sustancias para lavar la ropa son análogas, semejantes y tienen el mismo propósito, sin perjuicio de que su elementos activos sean el peróxido de hidrógeno o el hipoclorito de sodio, particular sobre el que el consumidor medio no pondrá especial atención.

Según Tato Plaza, la publicidad comparativa es "aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos".

3.6.- Alegaciones realizadas por los operadores económicos.

3.6.1.- Alegaciones formuladas por el denunciante CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX.

En su alegato presentado el 06 de febrero de 2018, a las 14h14, básicamente señala lo siguiente:

"(...) En el año 2016, Reckitt Benckiser en Ecuador y, entendemos, en distintos países de América Latina, una nueva campaña publicitaria de su producto VANISH- específicamente, VANISH MAX ("VANISH"), cuyo principio activo es el peróxido de hidrógeno. El producto VANISH se vende como renovador de mancha para ropa de color, principalmente (...)"

"(...) En su campaña publicitaria, realizada mediante demostraciones físicas en distintos puntos de venta del país, piezas audiovisuales en medios de comunicación masiva, entre otros, se comparaba ilegalmente VANISH, cupo principio activo es el peróxido de hidrógeno, con el cloro, cuyo principio es el hipoclorito de sodio (...)"

"(...) Asimismo, las piezas publicitarias de Reckitt Benckiser mostraban flores vividas y sanas junto a prendas de color relucientes cuando las flores eran sumergidas en VANISH y, en contrasta, flores moribundas junto a ropa de colores opacos cuando las flores eran sumergidas en el producto etiquetado como "Cloro" (...)"

En sus conclusiones señala lo siguiente:

Handwritten signature and initials in blue ink.

“(...) Reckitt Benckiser ha incurrido una vez más en conducta de competencia desleal derivada de actos de comparación, de engaño y de denigración al comparar productos que no son comparables entre sí, en relación a extremos que no son análogos, relevantes ni comparables, pues:

- (i) Vanish y el Cloro son ambos auditivos para el lavado con funciones e ingredientes diferentes entre sí, y que respecto de ciertas prendas no son reemplazables uno con otro....*
- (ii) Vanish y el Cloro comercializados como productos quitamanchas de ropa cuya eficacia está sujeta al uso adecuado conforme las instrucciones de uso incluidas en sus respectivas etiquetas, mas no respecto de cualquier uso ni como productos para conservar flores y demás objetivos vivos.*
- (iii) La publicidad difundida por Reckitt Benckiser induce a error al consumidor sobre las características y consecuencias dañinas del uso de Cloro en ropa, que no son tales cuando se siguen las instrucciones de uso indicadas en la etiqueta de productos a base de Cloro...*
- (iv) La publicidad de Reckitt Benckiser es imprecisa sobre los efectos de sus propios productos, lo que constituye por si solo un acto de engaño.*
- (v) La publicidad de Reckitt Benckiser es denigratoria por usar aseveraciones que no son exactas, verdaderas ni pertinentes.*
- (vi) La publicidad difundida por Reckitt Benckiser denigra abiertamente al cloro al afirmar falsamente que éste daña la ropa- que no está demostrado técnicamente y que rechazamos en condiciones de uso conforme a las instrucciones previstas en las etiquetas.*
- (vii) La publicidad comparativa hecha por Reckitt Benckiser es desleal por referirse a extremos que no son análogos, relevantes ni comparables (...).”*

3.6.2.- Alegaciones formuladas por el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.

En su escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 08 de enero de 2018, a las 16h01, en lo principal sostiene lo siguiente:

I. Inexistencia de actos denigratorios

“(...) De acuerdo con el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales se ha afectado al agente reclamante a través de actos comparativos y denigratorios, afirmación que no corresponde al criterio aplicado por la doctrina y legislaciones internacionales ampliamente desarrolladas en temas de competencia, respecto a que no existen actos denigratorios cuando no es factible identificar unívocamente a un operador económico específico (...).”

“(...) En este sentido, la Directiva Europea 2006/114 CE sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa, señala:

Artículo 2

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

(...)

- c) publicidad comparativa: toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor (...).”*

153
Ciento
Cincuenta
y cinco
du

"(...) En consecuencia, el informe no demuestra alusión alguna, ni siquiera implícita, a un operador económico determinado. El Intendente de Investigación de Prácticas Desleales asume que existe una alusión a CLOROX al ser considerado- según sus encuestas- como la principal marca asociada al hipoclorito de sodio. Es más, en el informe contrarrestan las "opiniones jurídicas" con las encuestas, dando a estas preeminencia sobre la doctrina (...)"

"(...) En el transcurso del proceso, y en concordancia con lo establecido por el Parlamento Europeo, hemos manifestado que la existencia de actos denigratorios debe venir acompañada de una referencia inequívoca (explícita o implícita) a la presencia de marcas, nombres comerciales y otros signos distintivos de algún competidor. La sola referencia a una sección amplia de mercado no hace posible identificar claramente el daño alegado por un competidor (...)"

"(...) El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI de Perú, en el caso Clorox Perú S.A. vs Reckitt Benckiser Perú S.A en el que se analizaron los mismos hechos a los del presente caso, actos de engaño, comparación indebida y actos de comparación, concluyó la imposibilidad de que existan actos comparativos o denigratorios sin la referencia clara de un competidor específico (...)"

II Actos de comparación y analogía

"(...) Un supuesto indispensable para la publicidad comparativa es que exista identificación marcaria. Si el producto o servicio no se encuentra individualizado en el mercado no se puede atribuir un origen empresarial específico. Al respecto la doctrina señala:

*La publicidad comparativa es aquella en la que se efectúan comparaciones
Entre los bienes o servicios de marcas ajenas y los inidentificados con marcas
Propias (...)"*

"(...) Según la formulación normativa del Art.27 numeral 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, existen tres elementos que deben cumplirse en una publicidad comparativa, para ser considerada como desleal. Deben referirse a extremos:

1. No sean análogos.
2. No sean relevantes; y,
3. No sean comprobables. (...)"

"(...) El informe, sin embargo, solamente trata sobre la calidad de análogos que tendrán los productos de Clorox y Vanish, sin hacer el mínimo análisis respecto a la relevancia y verificabilidad de los elementos comparados dentro de la publicidad (...)"

III Falta de motivación dentro de la materialidad de la supuesta práctica desleal.

"(...) En el análisis económico se debe demostrar afectación por parte del denunciante. En el presente caso, es el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales quien determina la existencia de afectación, consecuencia de una inadecuada fundamentación en el análisis económico (...)"

"(...) En lo que respecta a la supuesta afectación que tendría en el mercado la publicidad realizada por Vanish, el informe de la Intendencia solamente describe la curva de ventas que habrían tenido

Handwritten signature in blue ink

los productos "Vanish Max" y "Clorox Blancos Intensos", sin analizar o aportar pruebas sobre la materialidad o impacto real que la publicidad del operador Vanish habría tenido en tales movimientos de mercado. En otras palabras, nada en el informe indica que la publicidad en cuestión, y no otros elementos internos o externos dentro del mercado relevante, fueron los que produjeron cambios en el mercado (...)"

"(...) Es éste el análisis de materialidad o impacto que se omite dentro del informe de la Intendencia y que resulta fundamental para determinar la supuesta práctica desleal que se estaría cometiendo. Sin este análisis, se podría entender que la Intendencia asume en su informe que la sola existencia de la propaganda y su difusión bastan para haber incidido, de manera efectiva y definitiva, en la decisión de los consumidores (...)"

IV. Falta de análisis de las pruebas aportadas

"(...) El 5 de Septiembre de 2016, CLOROX PERU S.A., presentó una denuncia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en contra de RECKITT BENCKESIR PERU S.A., por PUBLICIDAD COMERCIAL, ACTOS DE DENIGRACIÓN, ACTOS DE COMPARACIÓN INDEBIDA Y DENEGATORIA DE PEDIDOS ACCESORIOS (...)"

"(...) El INDECOPI desestima la existencia de actos de denigración porque no se hacen referencias directas a un competidor específico (...)"

"(...) En el mercado existen necesarias referencias a productos que no contienen cloro, pertenecientes a diferentes operadores económicos, sin que por ello se les haya imputado ocasionar descrédito a otros operadores que lo comercializan. Hemos presentado empaque que no han sido analizados (...)"

"(...) Los productos, pertenecientes a diferentes operadores económicos, señalan en sus envases que "NO CONTIENEN CLORO" (...)"

3.7.-Término de prueba.-

Mediante providencia de 17 de julio de 2017, a las 12h30, la Intendencia de investigación de Prácticas Desleales, abrió la causa a prueba por el término de sesenta (60) días, y con providencia de 11 de octubre de 2017, a las 15h00, dicho órgano de investigación dispuso: "QUINTO.- De conformidad a lo señalado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 69 del Reglamento (ibídem), y de conformidad con los antecedentes expuestos, en estricta observancia del debido proceso, se prorroga el término probatorio por treinta (30) días adicionales."

3.8.- Informe final de investigación.-

Mediante memorando SCPM-IIPD-320-2017-M de fecha 19 de diciembre de 2017, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Poder de Mercado, remitido el 19 de diciembre de 2017, a las 18h47 a través del

sistema ANKU, se remite a esta Comisión el Informe Final No. SCPM-IIPD-42-2017 de Investigación dentro del expediente No. SCPM-IIPD-2016-048, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales.

3.9.- Avoca conocimiento la CRPI.

Mediante providencia de 22 de diciembre de 2017, a las 09h00, esta Comisión dispuso: "AVOCAR conocimiento del Informe Final No. SCPM-IIPD-42-2017 de Investigación remitido mediante memorando No. SCPM-IIPD-320-2017, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales. 3) Signar al procedimiento con el número de trámite SCPM-CRPI-076-2017. 4) Córrase traslado al operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., con el Informe Final No. SCPM-IIPD-42-2017 de fecha 19 de diciembre de 2017, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la recepción de la notificación de la presente providencia, en uso de su derecho a la legítima defensa y, en observancia de lo previsto en el artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, presente las alegaciones a las que se creyere asistido".

3.10.- Audiencia publica

Conforme a la providencia expedida el 30 de enero de 2018, a las 14h44, se convocó a las partes intervinientes en el presente procedimiento administrativo por la comisión de prácticas desleales de actos de denigración y comparación, a audiencia pública para el día miércoles catorce (14) de febrero de 2018, a las 15h00, la cual se realizó en el día y hora señaladas, con la presencia de la partes procesales.

CUARTO.- PRUEBAS PRACTICADA POR LOS INTERVINIENTES EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

1. La denuncia y anexos, presentados por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., ingresada por Secretaría General el 8 de septiembre de 2016 a las 10h25, signado con el número de trámite 22613; así como la Ampliación de la Denuncia y anexos, dispuesta mediante providencia de 16 de septiembre de 2016 a las 14h00, y presentada el 21 de septiembre de 2016 a las 15h08, y signada con el No. de trámite 23798.

2. El INFORME DE INSPECCIÓN No. SCPM-DNIPD-INF-2016-036, de 4 de octubre de 2016; referente a la Inspección realizada al operador económico: CORPORACIÓN EL ROSADO "MI COMISARIATO", ubicado en el Centro Comercial "Quicentro" en la Av. Naciones Unidas y Av. de los Shyris, el 3 de octubre de 2016; inspección dispuesta mediante providencia de 30 de septiembre de 2016 a las 13h30.

3. El CUESTIONARIO I dirigido al operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., y CUESTIONARIO II, dirigido a los operadores económicos: CORPORACIÓN LA FAVORITA, CORPORACIÓN EL ROSADO, TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A. y MEGA SANTA

MARÍA S.A.; información requerida a los operadores económicos mediante providencia de 5 de octubre de 2016, a las 16h20 (y la información).

4. El escrito y anexos presentados por el operador económico COORPORACIÓN FAVORITA C.A., ingresado por Secretaría General el 10 de octubre de 2016 a las 16h10, signado con el número de trámite 25137, en cumplimiento a la Providencia de 5 de octubre de 2016 a las 16h20; siendo que mediante razón de 12 de noviembre de 2016, se efectuó el extracto no confidencial de la información presentada.
5. El escrito y anexos presentados por el operador económico COORPORACIÓN EL ROSADO S.A., ingresados por Secretaría General el 12 de octubre de 2016 a las 12h11, signado con el número de trámite 25291, en cumplimiento a la Providencia de 5 de octubre de 2016 a las 16h20.
6. El escrito y anexos presentados por el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresados por Secretaría General el 12 de octubre de 2016 a las 17h11, signado con el número de trámite 25351; en cumplimiento a la Providencia de 5 de octubre de 2016 a las 16h20; siendo que mediante razón de 12 de noviembre de 2016, se efectuó el extracto no confidencial de la información presentada.
7. El escrito de explicaciones a la denuncia y anexos presentados por el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresados por Secretaría General el 12 de octubre de 2016 a las 17h16, signado con el número de trámite 25352; siendo que mediante razón de 12 de noviembre de 2016, se efectuó el extracto no confidencial de la información presentada.
8. El escrito y anexos presentados por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TÍA) S.A., ingresado por Secretaría General el 14 de octubre de 2016 a las 16h32, signado con el número de trámite 25549; siendo que mediante razón de 12 de noviembre de 2016, se efectuó el extracto no confidencial de la información presentada.
9. El INFORME DE INSPECCIÓN No. SCPM-IZ8-40-2016, de 17 de octubre de 2016; referente a la Inspección realizada en el Centro Comercial "RIO CENTRO NORTE" de la ciudad de Guayaquil., el 7 de octubre de 2016; inspección dispuesta mediante providencia de 6 de octubre de 2016 a las 12h00.
10. El escrito presentado por el operador económico COORPORACIÓN EL ROSADO, ingresado por Secretaría General el 18 de octubre de 2016 a las 12h04, signado con el número de trámite 25721; en cumplimiento a la Providencia de 5 de octubre de 2016 a las 16h20.
11. El escrito y anexos presentados por el operador económico MEGA SANTAMARIA, ingresados por Secretaría General el 18 de octubre de 2016 a las 13h57, signado con el número de trámite 25737, en cumplimiento a la Providencia de 5 de octubre de 2016 a las 16h20; siendo que mediante razón de 12 de noviembre de 2016, se efectuó el extracto no confidencial de la información presentada.

157
Conto
cumplido
y riete
@

12. El CUESTIONARIO I-A dirigido al operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., y CUESTIONARIO III, dirigido a los operadores económicos: CORPORACIÓN LA FAVORITA, CORPORACIÓN EL ROSADO; información requerida a los operadores económicos mediante providencia de 20 de octubre de 2016, a las 12h00.
13. El escrito y anexos presentados por el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresados por Secretaría General el 25 de octubre de 2016 a las 14h54, signado con el número de trámite 26528, en cumplimiento a la Providencia de 20 de octubre de 2016 a las 12h00; siendo que mediante razón de 12 de noviembre de 2016, se efectuó el extracto no confidencial de la información presentada.
14. El escrito y anexos presentados por el operador económico COORPORACIÓN FAVORITA C.A., ingresados por Secretaría General el 25 de octubre de 2016 a las 16h37, signado con el número de trámite 26543, en cumplimiento a la Providencia de 20 de octubre de 2016 a las 12h00; siendo que mediante razón de 12 de noviembre de 2016, se efectuó el extracto no confidencial de la información presentada.
15. El Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DAJ-2016-0107-0 y anexo, de 28 de octubre de 2016, ingresado por Secretaría General el 1 de noviembre de 2016 a las 11h01, signado con el número de trámite 27197, en cumplimiento a la Providencia de 20 de octubre de 2016 a las 12h00.
16. El escrito y anexos presentados por el operador económico COORPORACIÓN EL ROSADO, ingresados por Secretaría General el 17 de noviembre de 2016 a las 10h36, signado con el número de trámite 28284, en referencia a la Providencia de 20 de octubre de 2016 a las 12h00 y en cumplimiento a la Providencia de 8 de noviembre de 2016 a las 10h00, mediante la cual se concedió una prórroga de cinco (5) días término a fin de que se remita la información solicitada en el Cuestionario III, adjunto a la providencia de 20 de octubre de 2016 a las 12h00.
17. El escrito y anexo presentados por el operador económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., ingresados por Secretaría General el 13 de marzo de 2017 a las 16h38, signado con el número de trámite 38440, en cumplimiento a la Providencia de 6 de marzo de 2017 a las 17h04.
18. El CUESTIONARIO I dirigido a los operadores económicos: CORPORACIÓN LA FAVORITA, CORPORACIÓN EL ROSADO; información requerida a los operadores económicos mediante providencia de 4 de abril de 2017 a las 08h35.
19. El escrito y anexo presentados por el operador económico COORPORACIÓN EL ROSADO, ingresados por Secretaría General el 10 de abril de 2017 a las 10h16, signado con el número de trámite 42268, en cumplimiento a la Providencia de 4 de abril de 2017 a las 08h35.
20. El escrito y anexo presentados por el operador económico COORPORACIÓN LA FAVORITA, ingresados por Secretaría General el 18 de abril de 2017 a las 14h04, signado con el número de trámite 46687, en cumplimiento a la Providencia de 4 de abril de 2017 a las 08h35.

Mar
JOS

21. La Encuesta 001, agregada mediante providencia de 31 de mayo de 2017 a las 11h00; así como el Informe de Encuestas No. IIPD-DNIPD-009-2017, de 9 de junio de 2017; siendo que los resultados finales de la Encuesta se reflejan en el Informe de Resultados de la Investigación de 14 de Junio de 2017.

22. Dentro de la etapa probatoria el escrito de excepciones, presentado por el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 14 de julio de 2017 a las 16h42, signado con el número de trámite 54765, en cumplimiento a la Providencia de 23 de junio de 2017 a las 17h00.

23. El CUESTIONARIO dirigido a los operadores económicos RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., y CLOROX DEL ECUADOR S.A.; y, el CUESTIONARIO, dirigido a los operadores económicos: CORPORACIÓN LA FAVORITA, CORPORACIÓN EL ROSADO, TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A. y MEGA SANTA MARÍA S.A.; información requerida a los operadores económicos mediante providencia de 26 de septiembre de 2017, a las 16h00.

24. El escrito y anexo presentados por el Operador Económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 2 de octubre de 2017 a las 16h53, signado con el número de trámite 65010, en cumplimiento a la Providencia de 26 de septiembre de 2017, a las 16h00.

25. El escrito y anexo presentados por el Operador Económico COORPORACIÓN LA FAVORITA, ingresado por Secretaría General el 2 de octubre de 2017 a las 16h56, signado con el número de trámite 65013, en cumplimiento a la Providencia de 26 de septiembre de 2017, a las 16h00.

26. El escrito y anexos presentados por el Operador Económico MAGA SANTA MARÍA, ingresado por Secretaría General el 4 de octubre de 2017 a las 13h23, signado con el número de trámite 65209, en cumplimiento a la Providencia de 26 de septiembre de 2017, a las 16h00.

27. El escrito y anexos presentados por el Operador Económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TÍA) S.A., ingresado por Secretaría General el 4 de octubre de 2017 a las 15h08, signado con el número de trámite 65245, en cumplimiento a la Providencia de 26 de septiembre de 2017, a las 16h00.

28. El escrito presentado por el Operador Económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 5 de octubre de 2017 a las 13h55, signado con el número de trámite 65425, en cumplimiento a la Providencia de 3 de octubre de 2017.

29. El escrito y anexos presentados por el Operador Económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., ingresados por Secretaría General el 10 de octubre de 2017 a las 15h39, signado con el número de trámite 66648, en cumplimiento a la Providencia de 26 de septiembre de 2017, a las 16h00.

158
Cuenta
Y ocho
(m)



30. El escrito y anexos presentados por el Operador Económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 10 de octubre de 2017 a las 14h41, signado con el número de trámite 66618.
31. El escrito y anexos presentados por el Operador Económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., ingresados por Secretaría General el 11 de octubre de 2017 a las 15h48, signado con el número de trámite 66750.
32. El escrito y anexos presentados por el Operador Económico COORPORACIÓN EL ROSADO, ingresados por Secretaría General el 17 de octubre de 2017 a las 11h47, signado con el número de trámite 67108, en cumplimiento a la Providencia de 26 de septiembre de 2017, a las 16h00.
33. El escrito y anexos, presentados por el Operador Económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., ingresada por Secretaría General el 23 de octubre de 2017 a las 15h26, signado con el número de trámite 66871.
34. El escrito presentado por el Operador Económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 31 de octubre de 2017 a las 13h59, signado con el número de trámite 68729.
35. El Escrito, presentado por el Operador Económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., ingresado por Secretaría General el 17 de noviembre de 2017 a las 16h11, signado con el número de trámite 70429.
36. El Escrito, presentado por el Operador Económico CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A., ingresado por Secretaría General el 22 de noviembre de 2017 a las 13h47, signado con el número de trámite 70791.
37. El Escrito, presentado por el Operador Económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 22 de noviembre de 2017 a las 14h29, signado con el número de trámite 70802.
38. El Escrito y anexo, presentado por el Operador Económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 22 de noviembre de 2017 a las 14h35, signado con el número de trámite 70804.
39. El Escrito, presentado por el Operador Económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., ingresado por Secretaría General el 23 de noviembre de 2017 a las 14h03, signado con el número de trámite 70928.

QUINTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1.- Fundamentos de Hecho.-



kur
[Handwritten signature]

5.1.1.- El presente procedimiento se inicia mediante denuncia y anexos presentados por el operador económico **CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A.**, en contra del operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, ingresada por Secretaría General de la SCPM el 8 de septiembre de 2016 a las 10h25.

5.1.2.- Mediante providencia de 21 de septiembre de 2016 a las 16h45, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, calificó y admitió a trámite la denuncia presentada por el operador económico **CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A.** y dispuso correr traslado al operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, a fin de que presente sus explicaciones.

5.1.3.- Con el escrito recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo SCPM) el 12 de octubre de 2016, a las 17h16, el operador económico **RECKITT BENCHKISER ECUADOR S.A.**, presenta sus explicaciones a la denuncia formulada en su contra por parte del operador económico **CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A.**

5.1.4.- Mediante providencia de 27 de octubre de 2016, a las 16h45, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, resolvió: "... *SEGUNDO.- Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente teniendo en consideración a lo siguiente: (i) Se considera como presunto responsable al operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. cuyo grado de responsabilidad en las distintas prácticas desleales denunciadas será dilucidado dentro de la presente investigación conforme lo establece la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (ii) Las conductas objeto de la investigación son las presuntas prácticas desleales determinadas en el 27 numerales 1, 2, 4, literales a) y c), y numeral 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que contempla los actos de confusión, actos de engaño, actos de denigración y actos de comparación...*".

En la formulación de cargos la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales expresa lo siguiente: "*Emitir la presente formulación de cargos contra el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., por haber incurrido en las prácticas desleales de actos de engaño, denigración y comparación tipificadas en el artículo 27 numerales 2, 4 l itera les a) y c), así como numeral 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM).*

Que los hechos denunciados se habrían cometido a través de la realización por parte de RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. de campañas demostrativas y publicitarias los días 16 de junio de 2016 en la ciudad de Guayaquil en el Centro Comercial Riocentro Norte, y, en la ciudad de Quito el 1 de julio de 2016 en "MI COMISARIATO DEL QUICENTRO SHOPING", así como también a través de redes sociales como Facebook y en el youtube, difundiendo un video en el cual se realizan actos de comparación presuntamente desleales en el mercado de blanqueadores y quitamanchas entre los productos "Vanish Max Removedor de Manchas" (Peróxido de Hidrógeno) del operador económico de RECKITT BENCKISER ECUA DOR S.A y el producto "Clorox Quitamanchas Blancos Intensos" con cloro (Hipoclorito de Sodio) del operador CLOROX DEL ECUA DOR S.A.

159
Cuento
encuentra
y muestra
@

ECUACLOROX. Las aseveraciones formuladas en el video publicitario de la marca "VANISH" posiblemente podrían transmitir un mensaje incompleto e inexacto, pudiendo inducir a error al público, limitando la capacidad de decisión del consumidor promedio.

De la misma manera se presume la existencia de actos de denigración y comparación toda vez que de los resultados de las encuestas se evidencia que la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico denunciante, razón por la cual pudiese existir inexactitud e impertinencia en las aseveraciones, así como una comparación entre productos que no son análogos; pudiendo generar una distorsión de la competencia en el presente mercado, atentando a la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios."

5.2.- Fundamentos de Derecho.-

5.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 52 se refiere al derecho a contar bienes y servicios, y al respecto afirma: "Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor".

El artículo 66 en el numeral 25 consagra: "El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre contenido y características".

El artículo 76 en relación a las garantías básicas del derecho al debido proceso no dice: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

con


- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”.

El artículo 213 se refiere a las Superintendencias en los siguientes términos: “Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley”.

El artículo 283 sobre el sistema económico prescribe: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

El artículo 284 numeral 8 establece: “Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes”.

El artículo 304, numeral 6 determina que la política comercial tendrá como objetivo “Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado”.

El artículo 335 en el inciso segundo respecto al intercambio y transacciones económicas señala lo siguiente: “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal”.

160
Centa
sesenta
(u)



El 336 en cuanto al comercio justo estatuye: “El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

5.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

El artículo 1 indica que: “El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas”.

El artículo 2 prescribe: “Están sometidos todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que lo agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”.

El artículo 4 sobre los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación nos indica lo siguiente: “En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en materia de esta ley son los siguientes: 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado”.

El artículo 5 en relación al mercado relevante nos dice: “A efectos de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán



[Handwritten signature]

ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto”.

El artículo 25 define: *“Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras”* *“La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”*

El artículo 26 prohíbe: “Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera que sea la forma que adopten y cualquiera que sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”.

El artículo 27 considera como prácticas desleales las siguientes: “4. Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real, o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario”.

El artículo 37 trata de la Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y dice: “Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

161
Ciento
sesenta
y uno
KW



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.

El artículo 38 en cuanto a las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, entre otras, en su numeral 2 prescribe: “Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley”

El artículo 48 al referirse a las normas generales señala: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate”.

“A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine

No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos”

No se requiere aviso previo al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previa a la apertura del expediente.

La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley.

La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.”

[Handwritten signature]



El artículo 77 trata de los sujetos infractores cuando dice: “Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas en esta Ley”.

El artículo 78 numeral 2, letra c) señala: 2. Son infracciones graves: literal c) “El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley”.

El artículo 79 en cuanto a las sanciones en el inciso primero y en el literal c) sustenta: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: literal b) Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”.

El artículo 80 establece los criterios para la determinación del importe de las sanciones y al respecto indica: “El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables”.

5.2.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del

Poder de Mercado.-

El artículo 1 establece que: “El presente Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley”.

El artículo 4 señala el criterio general de evaluación al expresar que: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”

162
Cinto
resolución
del
@



El artículo 95 al referirse al cálculo del importe de las multas nos dice: “El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y según la metodología siguiente:

1. La Superintendencia determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.
2. La Superintendencia multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.
3. La Superintendencia ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes”.

5.2.4.- Resolución de la Junta de Regulación No. 12 Registro Oficial 887 de 22-nov.-2016.

El artículo 1 en cuanto al objeto de la resolución señala.- Establecer la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y su Reglamento. La expedición de esta metodología tiene como objetivo contribuir a la transparencia en la cuantificación del importe de la sanción así como en la objetividad del cálculo, potenciando su efecto disuasorio y favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos.

El artículo 2 habla de los criterios para la determinación del importe y al respecto reza: Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará conforme los criterios determinados en el artículo 80 de la LORCPM.

El artículo 3 se refiere a la cuantificación de la sanción: El cálculo del importe de la multa se realizará de acuerdo a lo establecido en el artículo 95 del Reglamento de Aplicación para la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El artículo 4 trata del importe base: El importe base (IMB) es determinado para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.

El artículo 5 en cuanto al importe base establece: El importe base se calculará como una proporción del volumen de ventas del mercado relevante afectado por la infracción, dado por el producto de los ponderadores de la condición de restricción, según el tipo de sanción, y los factores de gravedad y afectación de la infracción.

El artículo 6 señala la base del importe de la sanción al expresa: El importe base de la sanción corresponde al monto preliminar para la cuantificación de la sanción que estará determinado en función del volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables, el alcance de la infracción, el efecto

Man



de la infracción sobre los derechos y legítimos interés de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos así como los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.

El artículo 7 respecto a la base del importe nos dice: El importe base se obtendrá en aplicación de los siguientes criterios: a. Volumen de negocios en el mercado relevante.- corresponde al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por el operador económico responsable de la infracción. Se considerará la información de ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente. b. Factor proporcional a la gravedad de la infracción (a).- con el objetivo de estimar la gravedad de la infracción de manera cuantitativa, se consideran los siguientes elementos: i. Cuota de mercado.- la gravedad de la infracción está directamente relacionada con la participación del infractor en el mercado relevante, a una mayor cuota de mercado, mayor será el perjuicio causado, porque habrá menores posibilidades de que los actores del mercado se desplacen hacia otras alternativas. Para la determinación de esta cuota de mercado se considerará el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, o el último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente. ii. Naturaleza de la infracción.- corresponde a la especificidad de la conducta, la naturaleza se enmarca en las siguientes categorías: leve, grave o muy grave. iii. Alcance de la infracción.- corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional o local. c. Factor proporcional a la afectación de la infracción.- a fin de determinar de manera objetiva la afectación de la infracción, se consideran los siguientes elementos: i. Dimensión del mercado afectado.- corresponde a la valoración global del mercado afectado, en el cual el operador económico responsable u operadores económicos responsables cometieron la infracción. ii. Características del mercado afectado.- corresponde a la caracterización del mercado afectado en términos del nivel de concentración de dicho mercado.

El artículo 8 sustenta: En los casos en los que no sea posible determinar esta información, a partir de fuentes oficiales, se puede también tomar en cuenta fuentes secundarias tales como estimaciones de los operadores económicos.

El artículo 9 estatuye.- El importe base de la sanción, determinado en el artículo 7, aumentará en función del tiempo que duró la infracción.

El artículo 10 prescribe: El importe base total se determinará multiplicando el importe base por el tiempo de duración de la infracción.

El artículo 11 establece: El importe base total se obtendrá en aplicación del siguiente parámetro: a. Factor proporcional a la duración de la infracción.- corresponde a la duración en años, y proporcionalmente, de meses en que, de acuerdo con la investigación, se llevó a cabo la conducta infractora a la LORCPM. Para fines de cálculo de la duración de la infracción, los periodos inferiores

163
Ciento
sesenta
y tres



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

a un semestre contarán como medio año; y, los periodos de más de seis meses pero menor o igual a un año se contarán como un año completo.

El artículo 12 determina: El importe total de la multa se determinará en función de una evaluación global, que tendrá en cuenta, entre otras, las circunstancias agravantes y atenuantes estipuladas en el artículo 99 y artículo 100 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM.

El artículo 13 sostiene: El importe total de la multa se verá incrementado o reducido en función de las circunstancias agravantes o atenuantes, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 y 82 de la Ley.

El artículo 14 fija: La aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes referidas en el numeral anterior supondrá un aumento o disminución del importe base total en un porcentaje de entre el 10% y 25%.

El artículo 15 puntualiza.- El importe se obtendrá en aplicación del siguiente criterio: a. Factor proporcional de circunstancias agravantes y atenuantes: corresponde al resultado neto entre el número de circunstancias que se determinen para el caso materia de la investigación.

El artículo 16 dispone: Determinación del importe base cuando es posible determinar el volumen total de negocios.- Para el cálculo del importe base descrito en el artículo 7, cuando sea posible determinar el volumen total de negocios se aplicarán las siguientes fórmulas.

El artículo 17 instituye: Determinación del importe base cuando no es posible determinar el volumen total de negocios.- Para el cálculo del importe base descrito en el artículo 7, cuando no es posible determinar el volumen total de negocios, se aplicarán las siguientes fórmulas, considerando los rangos establecidos en el artículo 103 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM. a. Infracciones leves y graves:

El artículo 18 estipula: Determinación de la base total.- La base total para el cálculo del importe de la multa se obtiene aplicando la siguiente fórmula:(...)"

El artículo 19- indica: Determinación del importe total.- El importe total (IMTi) de la multa se determinará según la fórmula siguiente: (...)"

El artículo 20 expresa: Máximo legal.- El importe final de la sanción no podrá superar los límites máximos que, para cada tipo de infracciones establecidas en el artículo 79 de la LORCPM.

El artículo 21 manifiesta: Reincidencia.- En caso de reincidencia se determinará el importe de la multa de acuerdo al artículo 79 de la LORCPM.

El artículo 22 contempla: Excepciones.- Cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del operador económico responsable u operadores económicos responsables, se aplicará lo establecido en el artículo 79 de la LORCPM.

Handwritten signature and initials in blue ink.



5.2.2.- Derecho administrativo sancionador.-

5.2.2.1. El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene: *[...] proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justificación dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador [...]*.¹

5.2.2.2. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 2014, se indica que: *"[...] Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente.[...] Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general [...] el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado [...]"*.

5.2.3.- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales.-

5.2.3.1.- El principio de legalidad significa: *"[...] El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,*

¹ Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito-Ecuador 2011, Páginas 322 y 323

164
Cinco
veinte
y cuatro
@

*nullum crimen sine poena legale, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]*²

5.2.3.2.- El derecho al debido proceso implica: “[...] El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica[...]”³

5.2.3.3.- El derecho a la defensa comporta: “[...] el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado *audialteram parte*, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos[...]” “[...] El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés [...]”⁴

5.2.3.4.- El derecho a la seguridad jurídica entraña: “[...] Como lo ha señalado esta Corte, la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y en que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela.[...]”

“[...] En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden

² Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.

³ Sentencia No.056-12-SEP-CC CAS No.0850-10-EP 27 de marzo de 2012.

⁴ Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

[Handwritten signature]

*jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita [...]”.*⁵

SÉXTO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS.-

De expuesto en líneas precedentes, se determina que la conducta típica y antijurídica de responsabilidad que se le atribuye en el tipo de infracción que se imputa al operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, es haber incurrido en prácticas de denigración y comparación en la modalidad de publicidad comparativa, conforme a lo previsto en el artículo 27, numeral 4 letras a) y c); y, numeral 5 de la LORCPM, por haber difundido campañas demostrativas y publicitarias los días 16 de junio de 2016 y 1 de julio de 2016, así como también a través de redes sociales como Facebook y en el youtube, difundiendo un video en el cual se comparan los productos: "Vanish Max Removedor de Manchas" (Peróxido de Hidrógeno) del operador económico de **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A** con el cloro (Hipoclorito de Sodio), arrojando los resultados de la investigación a la afectación que se ha producido sobre el producto "Clorox Blancos Intensos" del operador **CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX**.

SEPTIMO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LOS INTERVINIENTES.-

7.1.- La prueba como garantía constitucional.-

El artículo 76 numeral 7, letra h) de la Constitución de la República del Ecuador, consagra entre los derechos de las personas a la defensa, el de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra

Como se puede apreciar la norma constitucional expresamente determina el derecho a la prueba como una garantía que tienen las personas, en este caso, en el procedimiento administrativo sancionador por infracciones a la LORCPM, al que se contrae el presente estudio.

Sobre este punto la Corte Constitucional sostiene: "(...) *De una manera somera, diremos que el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...)*". Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corporación de estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Página 506.

En otro fallo la Corte Constitucional sustenta: "(...) *El segundo principio del debido proceso es el derecho a la defensa, que en palabras del tratadista Bernal Pulido, "se erige como uno de los*

165
Cento
osunto
4 años
du

principios integradores más importantes del debido proceso". Según este autor una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho a la defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí se obren". A criterio de esta Corte, el derecho a la defensa constituye un principio fundamental del debido proceso mediante el cual se faculta a una persona a formar parte de un proceso para presentar y contradecir los alegatos y pruebas que se presenten (...)" Sentencia No.093-12-SEP-CC Caso No.0358-09-EP de 03 de abril de 2012. S.R.O. No.718 de 6 de junio del 2012.

7.2.- Análisis y valoración de las pruebas aportadas por las partes procesales.-

Por cuanto en la valoración de los medios de prueba para conocer el mérito de convicción y eficacia jurídica que se deduce de su contenido, efectuado por parte de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales y que constan en el Informe Final de Investigación, son correctos, esta Comisión acoge dicha apreciación y la hace suya en los siguientes términos:

a) "Sobre los ACTOS DE ENGAÑO"

"(...) En atención a la Formulación de Cargos de 23 de junio de 2017 a las 16h30, planteada por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, informe de resultados de la investigación, y denuncia, el operador económico denunciado planteó las excepciones respecto de los actos de engaño, denigración y comparación, los cuales se procede a analizar en función de la prueba actuada (...)"

"(...) es pertinente hacer las siguientes reflexiones en función de la prueba actuada. Al respecto, ha quedado evidenciado y probado dentro del presente expediente la existencia de la actividad publicitaria por la cual compararon el producto "Vanish Max Removedor de Manchas" con productos con Cloro (hipoclorito de sodio). En ese sentido, consta dentro del expediente las declaraciones juramentadas de personas que presenciaron la exposición demostrativa y publicidad analizada en los supermercados de Quito y Guayaquil, así como también los videos de la publicidad en cuestionamiento acreditados por el propio denunciado (...)"

"(...) En el caso de estudio, tanto como señala el propio denunciante y la Intendencia en su informe de resultados y formulación de cargos, se aprecia que el denunciado realiza afirmaciones respecto de su producto VANISH como del cloro, y a criterio de la Intendencia, esta resulta inexacta e incompleta respecto de las cualidades del cloro, esto es, el omitir "... que el cloro regular de Clorox no daña las fibras de prendas compatibles con cloro en todas las recomendaciones de uso de lavado ...", lo cual, conforme se ha podido apreciar de los Informes de Investigación Técnica y Justificación Técnica, emitidos como prueba por parte del denunciado; así, como de los Informes Técnicos y Estudios remitidos por el denunciante, está probado (...)"

"(...) Sin embargo, salvo mejor criterio del órgano de sustanciación y resolución, la configuración del acto de engaño a la luz de la LORCPM, en la modalidad de publicidad engañosa, deviene respeto de los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que



Handwritten signature in blue ink.

desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador (...) incluido su actividad empresarial”, por tanto, la alusión o difusión de aseveraciones falsas, incorrectas, inexactas o incompletas respecto del producto de un competidor, podrían devenir en actos de denigración o de comparación desleal (...).”

Por lo expuesto, esta Comisión concuerda con el criterio de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en el sentido de afirmar que no existió actos de engaño por parte del operador económico denunciado, en la forma descrita en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM (acción de engaño directa del operador económico al consumidor con su producto); entonces, se confirma que las conductas materia de la investigación puesta a consideración de éste órgano de resolución y sustanciación, a la luz de los hechos, son actos de denigración y comparación, conforme al principio de la primacía de la realidad o de la verdad real previsto en el artículo 3 de la LORCPM que prevé **“Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”**.

ACTOS DE DENIGRACIÓN

*“(…) El operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., respecto del informe de resultados de la investigación, señala: “El Informe de Resultados de la Investigación dentro del procedimiento Administrativo No. SCPM-IIPD-2016-0048 indica: “... los presuntos actos denigratorios son presentados contra el hipoclorito de sodio, posiblemente menoscabando el crédito de todos los fabricantes de productos con este principio activo en el mercado, **sin que exista una individualización de un competidor, ni se haga referencia expresa a un solo operador económico”** (énfasis agregado).*

Asimismo aduce que “En la publicidad emitida por VANISH, no existe individualización de un competidor ni marca específica...”, para lo cual vuelve a citar el informe de resultados de la investigación en el sentido siguiente: “Los presuntos actos denigratorios son presentados en contra del hipoclorito de sodio (...) sin que exista una individualización de un competidor ni se haga referencia expresa a un solo operador económico”, y continúa señalando: “Es evidente que no se ha atribuido a un competidor específico el uso exclusivo del cloro ni existen elementos para que el denunciante se sienta aludido. Peor aún, cuando CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX en su denuncia indica comercializar también productos que tiene como principal ingrediente peróxido de hidrógeno (no el hipoclorito de sodio –cloro-); finalmente, manifiesta: “No existe material publicitario alguno que aluda a CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, a sus marcas o productos”, por lo que sería absurda “La afirmación de que existen actos de denigración por parte de VANISH por hacer referencia a un principio activo (...).”

“(…) En atención a las excepciones expresadas por el denunciado cabe señalar, conforme establece la doctrina, que el “... núcleo de este tipo (acto de denigración) consiste en la realización o difusión de manifestaciones, publicidades o dichos que afectan al competidor...”, lo cual concuerda con el

166
Ciento
sesenta
y seis
(u)



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

texto del artículo 27 numeral 4 de la LORCPM al decir que se considera desleal "... la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado...". (...)"

"(...) Sobre dicho particular, está probado dentro del expediente la realización de la publicidad por parte del operador económico denunciado, así como el alcance y los medios a través de la cual fue difundida. Dicha información inclusive fue proveída por el propio operador económico mediante requerimiento de esta Intendencia y de las inspecciones realizadas por esta Intendencia de la cual se desprendió que existieron las demostraciones en los Supermercados de Quito y Guayaquil (...)"

"(...) Al respecto, también obra del expediente, las declaraciones juramentadas de algunas personas, rendidas ante notario público, por ejemplo:

1. *MAGALI LIZBETH MARTINEZ MARTINEZ, el 22 de agosto de 2016 ante la Notaria Décimo Cuarta del Cantón Quito (Suplente), en la que señala:*

la declaración que es del tenor siguiente: Que yo, **CARLOS LENIN PEÑAFIEL PALACIOS**, identificado con cédula de ciudadanía número **cero nueve uno dos cero tres siete dos tres - uno**, por mis propios derechos, declaro bajo la solemnidad del juramento libre y voluntariamente que: El dieciséis de junio del dos mil dieciséis, en el Centro Comercial Riocentro Norte, ubicado en la avenida Francisco de Orellana, eso de las once horas treinta aproximadamente, presencie la publicidad demostrativa y comparativa de la marca **VANISH**, en la cual se reproducían videos comparativos en un stand tal y como se demuestra en las imágenes **UNO, DOS, TRES, CUATRO, CINCO, SEIS, SIETE y OCHO**, que constan en el anexo **UNO** que se adjunta a la presente declaración.- Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad. La presente declaración la realizo conociendo las penas contempladas en la ley para el caso de incurrir en perjurio.- Usted señor

2. *CARLOS LENIN PEÑAFIEL PALACIOS, el 22 de agosto de 2016 ante el Notario Vigésimo Sexto del Cantón Guayaquil, en la que señala:*

[Handwritten signature]



la declaración que es del tenor siguiente: Que yo, **CARLOS LENIN PEÑAFIEL PALACIOS**, identificado con cédula de ciudadanía número **cero nueve uno dos cero tres siete dos tres - uno**, por mis propios derechos, declaro bajo la solemnidad del juramento libre y voluntariamente que: El dieciséis de junio del dos mil dieciséis, en el Centro Comercial Riocentro Norte, ubicado en la avenida Francisco de Orellana, eso de las once horas treinta aproximadamente, presencié la publicidad demostrativa y comparativa de la marca **VANISH**, en la cual se reproducían videos comparativos en un stand tal y como se demuestra en las imágenes **UNO, DOS, TRES, CUATRO, CINCO, SEIS, SIETE y OCHO**, que constan en el anexo **UNO** que se adjunta a la presente declaración.- Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad. La presente declaración la realicé conociendo las penas contempladas en la ley para el caso de incurrir en perjurio.- Usted señor

la declaración que es del tenor siguiente: Que yo, **CARLOS LENIN PEÑAFIEL PALACIOS**, identificado con cédula de ciudadanía número **cero nueve uno dos cero tres siete dos tres - uno**, por mis propios derechos, declaro bajo la solemnidad del juramento libre y voluntariamente que: El dieciséis de junio del dos mil dieciséis, en el Centro Comercial Riocentro Norte, ubicado en la avenida Francisco de Orellana, eso de las once horas treinta aproximadamente, presencié la publicidad demostrativa y comparativa de la marca **VANISH**, en la cual se reproducían videos comparativos en un stand tal y como se demuestra en las imágenes **UNO, DOS, TRES, CUATRO, CINCO, SEIS, SIETE y OCHO**, que constan en el anexo **UNO** que se adjunta a la presente declaración.- Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad. La presente declaración la realicé conociendo las penas contempladas en la ley para el caso de incurrir en perjurio.- Usted señor

"(...) De las declaraciones referidas, se desprende que en la ciudad de Guayaquil en el "CENTRO COMERCIAL RÍOCENTRO NORTE", y, en la ciudad de Quito en "MI COMISARIATO DEL QUICENTRO SHOPING", se realizaron campañas demostrativas y publicitarias por parte de RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., en las cuales se habrían cometido prácticas desleales (...)"

"(...) En la especie, el numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM, respecto de los actos de denigración, es claro al señalar que se tratan de manifestaciones sobre el producto, prestaciones establecimiento

164
Cento
Denuncia
4 neta
e

o relaciones mercantiles de un tercero para menoscabar su crédito en el mercado, el cual ha comparecido como agraviado y demostrando su interés legítimo dentro del presente procedimiento administrativo de conformidad con el artículo 53 de la LORCPM (...)

Asimismo, el informe de resultados de la investigación, señala: "Es necesario establecer que esta intendencia ha realizado el análisis respectivo a la campaña publicitaria dentro del ámbito de la investigación, así se hacen las siguientes reflexiones: los presuntos actos denigratorios son presentados en contra del hipoclorito de sodio, posiblemente menoscabando el crédito de todos los fabricantes de productos con este principio activo en el mercado, sin que exista una individualización de un competidor, ni se haga referencia expresa a un solo operador económico, en concordancia con lo que se ha establecido en líneas anteriores desde un punto de vista internacional como doctrinariamente; sin embargo es necesario contrarrestar estas opiniones jurídicas con las encuestas realizadas a las consumidoras directas del producto, de los resultados se evidencia que la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico denunciante, lo que genera un interés legítimo por parte del referido operador económico y toda vez que de las encuestas se evidencia la posible existencia del menoscabo del crédito del operador económico denunciante en el mercado, así como se desprende que las aseveraciones indicadas en la campaña publicitaria omiten información relevante, lo que podría generar la inexactitud e impertinencia de las aseveraciones, pudiendo configurar la realización de un acto de denigración"(...)

"(...) La referida conclusión se sustenta en los elementos de prueba recaudados dentro del presente expediente; así por ejemplo, de la Encuesta 001, agregada al expediente, mediante providencia de 31 de mayo de 2017 a las 11h00; así como el Informe de Encuestas No. IIPD-DNIPD-009-2017, de 9 de junio de 2017, en relación a la conducta desleal de actos de denigración, la cual arroja como resultado que la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico denunciante con su producto.

De otro lado, vale mencionar que el artículo 27 numeral 4 contempla que las referidas manifestaciones que pueden menoscabar el crédito de un tercero en el mercado, no serían desleales en caso de que "... sean exactas, verdaderas y pertinentes" (exceptio veritatis); así mismo, establece que, entre otros casos, constituyen actos de denigración aquellas manifestaciones que sean incorrectas o falsas u omitan las verdaderas; o que por su tono de desprecio o ridículo, menoscaben el crédito del afectado en el mercado, en cuyo caso se presumen impertinentes sin que admita prueba en contrario (...)

"(...) En la especie, el operador económico denunciado aduce que el material publicitario cuenta con los informes técnicos detallados que respaldan el contenido de sus aseveraciones, al respecto indica: "... el material publicitario cuenta con los informes técnicos detallados que respaldan el contenido de sus aseveraciones por lo que no pueden ser consideradas falsas. Además, de manera directa cualquier persona puede corroborar que en ciclos repetidos de lavado con blanqueador de

167
Mar



cloro regular en telas blancas se produce un efecto amarillento. (...) No existe material publicitario alguno que aluda a CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, a sus marcas o productos (...)".

"(...) Como sustento el denunciado adjunta tres informes técnicos y una justificación técnica, y cita estudios doctrinarios referentes al cloro y sus efectos, a saber: "Ya que los blanqueadores de liberación de hipohalito son oxidantes tan eficaces, sin embargo, pueden surgir problemas durante su utilización. Puede resultar en un daño a la tela y al teñido las altas concentraciones locales de hipoclorito o hipobromito si el agente del blanqueo en seco no se diluye con el agua del lavado (...)"

"(...) Tus prendas son hermosas y coloridas. Cuando se trata de remover una mancha tienes poderosas opciones pero una de ellas puede causar daños.... ¿puedes adivinar cuál es?.. Si el cloro puede hacerle esto a una flor imagina lo que puede hacer con tu ropa. Vanish es 100% libre de cloro. Una fórmula poderosa que protege las telas y los colores de tu ropa. Vanish poderoso contra las manchas, delicado hasta con una flor"

Como se puede apreciar, del análisis de publicidad se desprende que las afirmaciones no justifican la exceptio veritatis, es decir, no corresponden a la realidad, no provocan en los destinatarios una representación fiel de esta y no se refiere a extremos concernientes a la participación en el mercado de los afectados, tanto más que conforme consta en el análisis económico los productos no son comparables (...)"

"(...) De igual manera, el operador económico denunciante remite prueba a efectos de sustentar que "el uso de cloro regular de Clorox no daña las fibras de prendas compatibles con cloro en todas las recomendaciones de uso de lavado". Al respecto, mediante Informe Técnico preparado por el Departamento de Investigación y Desarrollo de The Clorox Company, mismo que en la parte no confidencial se expone:

"... comparación de desempeño entre CLOROX LÍQUIDO y VANISH en la remoción de manchas y cuidado de las telas, cada uno utilizado conforme sus instrucciones de uso, del cual se evidencia que "el uso de cloro regular de Clorox no daña las fibras de prendas compatibles con cloro en todas las recomendaciones de uso de lavado, en comparación contra detergente solo, incluso luego de un tiempo de uso de la prenda". Se evidencia además que "el uso de hipoclorito de sodio en el lavado de prendas no es más dañino que el jabón, es decir, que no causa mayor daño en la seguridad de telas que aquel que se observa provocado por el detergente." (...)"

"(...) Por las razones expuestas, los estudios doctrinarios y técnicos se colige que, el CLORO (hipoclorito de sodio), correctamente usado, no daña las prendas; de este modo, las aseveraciones realizadas por el denunciado RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A., respecto del cloro que es componente del producto del denunciante, devienen en denigratorias habiéndose justificado, inclusive el menoscabo del crédito del operador económico en el mercado según se evidencia del informe económico, ya que la difusión de aseveraciones a través de la publicidad realizada por el denunciante, no fueron veraces, exactas y pertinentes (...)"

b) ACTOS DE COMPARACIÓN

168
Cento
Resento
y ocho
@



"(...) Al respecto, esta Intendencia no ha supuesto a lo largo de la investigación un derecho de exclusiva marcario del operador económico denunciante respecto de un principio activo, sino que por el contrario, conforme señala el informe de resultados de la investigación de que "... la mayoría de la población encuestada (50%) reconoce como la principal marca asociada al principio activo hipoclorito de sodio con el operador económico denunciante", se ha corroborado el presupuesto que el propio denunciado señala con la cita de la autoridad colombiana, esto es, que "En el tema de las comparaciones, el elemento característico de éstas se basa en el enfrentamiento que se exponga acerca de las características objetivas de dos o más ofertas pertenecientes a distintos oferentes, los cuales también deben ser identificados o identificables (...)".

"(...) Esta corroboración consta en el expediente, así, mediante providencia de 31 de mayo de 2017 a las 11h00, se dispuso la realización al público de la Encuesta 001, dirigida a las consumidoras directas del producto (amas de casa), quienes en su mayoría al ver la publicidad emitida por el operador económico denunciado, relacionaron el envase de CLORO, con la marca CLOROX, al respecto véase también el análisis económico que consta en el presente informe y expediente; probándose de esta manera que lo señalado en el párrafo anterior, hace relación a que el público encuestado identificó a CLOROX, como el producto aludido sobre el cual recae la práctica desleal de comparación (...)".

OCTAVO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.-

La Comisión de Resolución de Primera Instancia sustenta su resolución de la siguiente manera:

8.1.- Según las conclusiones de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales "(...) Existen dos principios activos que se encuentran presentes como componentes en los productos investigados, siendo estos el peróxido de hidrógeno (ropa blanca y de color) y el hipoclorito de sodio (ropa blanca).

- Se determinó que los productos investigados, pese a tener la misma funcionalidad, no son comparables ya que sus principios activos son distintos. Los mismos no son análogos, y por ende, no pueden ser comparados de alguna manera. Los únicos productos que podrían compararse serían aquellos que contienen peróxido de hidrógeno, y no hipoclorito de sodio.
- De acuerdo al análisis de sustitución de la demanda, dadas las propiedades físicas y químicas de los principios activos mencionados queda determinado, bajo un análisis cualitativo y cuantitativo, existen dos mercados siendo estos: uno para los productos clorados, de uso doméstico, para tejidos de color blanco; y otro para los productos oxidados, de uso doméstico, para tejidos de color.
- Por otro lado, del análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial se evidencia que existen competidores que ante incrementos en el precio del producto podrían fabricar y comercializar los productos quitamanchas en un periodo de tiempo que no supone de ajustes

Man
Joa



significativos o inversiones altas, al contar con varios canales de distribución y no identificar barreras de entrada considerables.

- *La distribución de los productos bajo la marca VANISH se realiza principalmente bajo canales de retail, principalmente en la ciudad de Quito. Tanto en el año 2014 y 2015 la comercialización estuvo concentrada en esta ciudad en un 47% y 46%, respectivamente. Consecuentemente, en la prueba Elzinga-Hogarty realizada para la definición del territorio se obtuvo un factor fuerte de 0,10 y 0,09, a partir de 6 provincias y 8 provincias, por lo que se determina que el mercado geográfico corresponde a todo el territorio nacional (...)*

8.2.- Dentro de la lógica de mercadeo, es importante influir en la toma de decisiones de los consumidores, para este efecto está la promoción como uno de los componentes fundamentales del mercadeo. La promoción es una categoría desarrollada por los técnicos en mercadeo conjuntamente con el producto, el precio, la plaza y los mercados a los que va dirigido el producto. La promoción en términos generales, suele tener cuatro momentos en el proceso de decisión de compra por parte del consumidor: el primero es llamar la atención del consumidor, el segundo es generar el interés del consumidor en el producto, el tercero es engendrar el deseo de comprar el producto; y, finalmente la decisión de comprar el producto materia de la promoción, sea de manera directa como en el caso de productos de venta libre o en su defecto por intermedio de canales de recomendación. Existe una gran variedad de estrategias de promoción de los productos que se encuentran funcionando en el mercado. Tanto el diseño, el desarrollo y la implementación de las estrategias de comercialización no son ilícitas, siempre y cuando en este proceso no se recurra a conductas infractoras de deslealtad con el mercado o los consumidores. De ahí que el principio de veracidad en materia publicitaria consiste en el derecho que tiene el consumidor a tener acceso a la verdad informativa y a la obligación que tiene el oferente de respetar la verdad en toda actividad publicitaria; la violación a este principio deriva en un acto de competencia desleal por engaño, desde que la actividad comercial es uno de los mecanismos que disponen los oferentes para atraer a los consumidores.

Al respecto señalamos que la doctora Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica, incluido en la publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015) manifiesta que "(...) *La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla de minimis, o si el volumen de ventas podría afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está dentro de los criterios delimitadores de la deslealtad (...)*" de lo que se desprende que las conductas desleales típicas antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia se sancionan por el sólo evento de realizarlas. No se atiende los efectos en los mercados como lo señala la misma autora especialista en competencia desleal, "*En este modelo la regulación contra la deslealtad, tiene puntos de conexión con el derecho de propiedad intelectual, la defensa del consumidor y las normas de competencia principalmente. Sin embargo, se diferencia de ellas, porque la primera sanciona per sé la deslealtad sin importar sus efectos económicos ni el origen de la deslealtad (...)*" el artículo 25 de la LORCPM amplía el entendimiento de lo manifestado, que en su parte pertinente dice: Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad

169
Cento
seren ta
y muer
C



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras (...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.- Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos

8.3.- En tal virtud, según el análisis realizado en la presente resolución, sobre la base del Informe Final de Investigación SCPM-IIPD-42-2017 de 19 de diciembre de 2017, suscrito por el abogado Marlon Vinuesa Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, se ha comprobado la existencia de la infracción en el presente procedimiento administrativo que la *"publicidad entre los dos productos objetos de investigación, la misma que fue promocionada a través de redes sociales (Facebook y YouTube). Se observó que en el video comercial (video 3) que proporcionó el operador económico RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A. realiza la comparación del producto genérico CLORO vs el producto VANISH, haciendo referencia al primero, como un producto que daña la ropa"*. Consecuentemente, hay una afectación en las ventas del denunciante CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX, conforme se comprueba con el análisis económico del informe final, a saber: *"Por lo mencionado, los productos del denunciado y denunciante no se encontrarían en el mismo mercado relevante, más sin embargo, tienen una participación representativa en cada sector de acuerdo a su actividad económica, lo que posiblemente podría desplazar clientes de un producto a otro al realizarse las supuestas prácticas anticompetitivas. En ese sentido, se evidencia una caída en la venta del producto Clorox Blancos Intensos obteniendo una tasa de variación de -22% a partir del mes de junio de 2016. De las encuestas realizadas se demuestra que: el 55% de las amas de casa encuestadas utilizan cloro y el 24% quitamanchas. Además, el 32% utilizan la marca Clorox y el 22% Vanish. Una vez que se muestra el video, el 56% observa la marca Vanish y el 22% la marca Clorox. Por otro lado, el 88% de amas de casa después de ver el video creen que el cloro sí genera daño en las prendas, y el 78% preferiría usar Vanish para desmanchar su ropa. Finalmente, el 50% de las amas de casa encuestadas al escuchar Cloro la primera marca que piensan es Clorox.* Por consiguiente, se concluye que el operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, ha incurrido en prácticas de denigración y comparación en la modalidad de publicidad comparativa, conforme a lo previsto en el numeral 4 letras a) y c; y, numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, al haber difundido campañas demostrativas y publicitarias los días 16 de junio de 2016 y 1 de julio de 2016, así como también a través de redes sociales como Facebook y en el youtube, difundiendo un video en el cual se comparan los productos: "Vanish Max Removedor de Manchas" (Peróxido de Hidrógeno) del operador económico de **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.** con el cloro (Hipoclorito de Sodio), arrojando los resultados de la investigación a la afectación que se ha producido sobre el producto "Clorox Blancos Intensos" del operador **CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX.**

Mar
Julio



En mérito de las probanzas constantes en el presente expediente administrativo, se ha comprobado que el operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, es el responsable de la acción típica y antijurídica, descrita y especificada en el numeral 4 letras a) "Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado" y c) "Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario; y, 5 "Actos de comparación. Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiere a extremos que no sean análogos, relevantes, ni comparables" disposiciones estas del artículo 27 de la LORCPM, afectando potencialmente de esta manera la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores y usuarios, presupuesto de hecho que se ajusta a lo previsto en la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la LORCPM.

NOVENO.- CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MULTA.-

Para este efecto se ha considerado lo establecido por el artículo 80 de la LORCPM, El Reglamento para la Aplicación de la LORCPM y la normativa establecida en la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación:

	DESCRIPCIÓN	RECKITT
A	VOLUMEN DE NEGOCIO EN EL MERCADO RELEVANTE	\$ 794.619,79
B	$\beta = f(\text{gravedad } (\alpha), \text{afectación } (\Theta))$	0,0103
C = (A*B)	IMB=Importe Base de Operador	8.220,94
D	Duración de la infracción	0,5
E= (C*D)	BIM*DURACIÓN	4.110,47
E	Yi	1,15
F*E	AJUSTE DEL IMPORTE BASE TOTAL	4.727,04

170
Corto
revisado



En el presente cálculo, se determina que la infracción duró menos de seis (6) meses, de ahí que la variable "D" sea de 0,5.

De otro lado en la variable "E" descrito como Yi:

Como circunstancias agravantes, se ha considerado:

- La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente ley, dado que el operador económico es reincidente en estas conductas.
- La posición de responsable o instigador de la infracción.
- La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas, como la publicación en las etiquetas del producto rosas marchitas como consecuencia de la utilización del cloro.

Como circunstancias atenuantes, se ha considerado:

- La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

DECIMO: .- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de sus atribuciones contempladas en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 71 de su Reglamento de Aplicación.

RESUELVE:

1. **ACOGER** parcialmente el Informe Final de Investigación SCPM-IIPD-42-2017 de 19 de diciembre de 2017, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, se ha comprobado la existencia de la infracción y la responsabilidad del operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, en el presente procedimiento administrativo.
2. **MULTAR** al operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, por un valor de USD. (**\$ 4.727,04**) **CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTISIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 04/100**, por haber incurrido en prácticas de denigración y comparación en la modalidad de publicidad comparativa, conforme a lo previsto en el numeral 4 letras a) y c); y, numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM.
3. **ORDENAR** al operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, que la multa sancionadora sea pagada dentro del término máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, para cuyo efecto deberá depositar éstos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico Nro. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a esta Comisión.

4. **IMPONER** como medida correctiva, la prohibición de que el operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, realice campañas publicitarias o demostrativas comparando sus productos con los similares, sea en composición o función con los ofertados por la competencia. Presentará a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, declaraciones juramentadas de cumplimiento de la presente medida correctiva, de manera semestral durante los próximos tres años.
5. **DISPONER** que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, la realización del seguimiento y control del cumplimiento de la medida correctiva dispuesta en la presente resolución. La Intendencia presentará a ésta Comisión informes semestrales respecto del cumplimiento de la medida correctiva.
6. **NOTIFICAR** con la presente resolución al operador económico **RECKITT BENCKISER ECUADOR S.A.**, al operador económico **CLOROX DEL ECUADOR ECUACLOROX S.A.**, a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.
7. **NOTIFICAR** a la Dirección Financiera y a la Coordinación de Planificación de la SCPM, para que registren la presente resolución y realicen las acciones pertinentes de su área de gestión.
8. Actué en calidad de Secretaria de la Comisión la doctora Patricia Estrella Gordon.
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-



Dr. Marcelo Ortega Rodriguez
PRESIDENTE



Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO



Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO

